

339. Dynamisch incorporeren na Asklepios

Is de verkrijger verplicht om ook na de overgang gesloten cao's te blijven toepassen?

MR. DR. A.G. VELDMAN

Bij overgang van onderneming worden de arbeidsvoorwaarden uit de cao van de vervreemder overgedragen zoals deze luiden op het moment van overgang. De vraag is of cao-bepalingen ook worden 'bevroren' wanneer deze overgaan als gevolg van een dynamisch incorporatiebeding dat naar toekomstige cao-versies verwijst. In zijn bijdrage 'Incorporeren na Parkwood' concludeerde Even destijds dat een dynamisch beding in de regel statisch wordt bij overgang.¹ Het verrassende Asklepios-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van dit jaar zet die regel weer op losse schroeven.

1. Inleiding

Tot nu toe werd aangenomen dat een dynamisch incorporatiebeding na overgang van onderneming in de regel zijn dynamische karakter verliest.² Met andere woorden, de arbeidsvoorwaarden uit de cao waarnaar het beding verwijst en zoals deze luiden op het tijdstip van overgang, gaan mee over naar de verkrijger, maar de verkrijger wordt niet gebonden aan latere versies van de cao die tot stand zijn gekomen na het moment van overgang. Steun voor deze opvatting was al te vinden in het *Werhof*-arrest uit 2006 en werd bevestigd in het *Parkwood*-arrest uit 2013.³ In de zaak *Asklepios* van begin dit jaar geeft het Hof van Justitie van de Europese Unie ('Hof') evenwel een andere uitleg aan Richtlijn 2001/23/EG ('de richtlijn'), welke het behoud van rechten van werknemers regelt bij overgang van onderneming.⁴ Ook in de context van het Nederlandse recht kan dit betekenen dat de verkrijger als gevolg van een meegekomen dynamisch incorporatiebeding, gebonden zal zijn om ook toekomstige cao's, afgesloten na het moment

van overgang, te blijven toepassen op het overgekomen personeel.⁵

Alvorens wordt ingegaan op de mogelijke consequenties voor het Nederlandse recht, volgt hieronder een uiteenzetting en analyse van het *Asklepios*-arrest. Voor een goed begrip daarvan wordt deze uitspraak besproken in de context van de twee eerdergenoemde uitspraken van het Hof over de rechtsgevolgen van een incorporatiebeding bij overgang van onderneming.

2. Wat eraan voorafging

Van belang voor het bepalen van de rechtsgevolgen van een incorporatiebeding voor de verkrijger is artikel 3 van de richtlijn. Op grond van dit artikel moeten de arbeidsvoorwaarden van de werknemers behouden blijven na overgang. Lid 1 ziet daarbij op individueel overeengekomen arbeidsvoorwaarden. De verkrijger treedt in de rechten en plichten van de arbeidsovereenkomst zoals deze op het moment van overgang geldt. Lid 3 ziet op arbeidsvoorwaarden uit een voor de vervreemder geldende cao. Omdat de binding van een vervreemder aan een cao niet overgaat op de verkrijger, verplicht lid 3 de verkrijger tot de ongewijzigde handhaving van de arbeidsvoorwaarden vastgelegd in deze cao tot het tijdstip waarop de cao afloopt of waarop een andere cao bij de verkrijger in werking treedt of wordt toegepast. Optioneel is er ook nog mogelijkheid om dit tijdvak van de handhavingplicht te beperken tot minimaal een jaar. Omdat lid 3, anders dan lid 1, beperkingen in de tijd aanbrengt op het behoud van arbeidsvoorwaarden uit cao, speelt bij een incorporatiebeding de vraag of het nu uitsluitend om individueel vastgestelde arbeidsvoorwaarden

1 J.H. Even, 'Incorporeren na Parkwood', *TAP* 2013, nr. 8, p. 316-325.

2 Bijv. J.H. Even, 'Incorporeren na Parkwood', *TAP* 2013, nr. 8, p. 316-325 en J.H. Even, 'Toepasselijke cao bij overgang van onderneming – 10 scenario's', *TAP* 2009, nr. 2, p. 24; R.M. Beltzer, 'Overgang van cao-bepalingen: bevestiging van dynamiek', *ArA* 2006/2, p. 57; A.F. Bungener & E. Koot-van der Putte, 'Cao-recht en incorporatie na overgang van onderneming', *TRA* 2010/45; L.G. Verburg, 'Cao-recht: enige beschouwingen over het Nederlandse cao-recht en de richtlijn overgang van onderneming', *TAP* 2010, nr. 3, p. 111.

3 HvJ EG 9 maart 2006, C-499/04, ECLI:EU:C:2006:168 (*Werhof/Freeway*); HvJ EU 18 juni 2013, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 (*Alemo-Herron/Parkwood*).

4 HvJ EU 27 april 2017, C-680/15, C-681/15, ECLI:EU:C:2017:317 (*Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH/Felja en Asklepios Dienstleistungsgesellschaft mbH/Graf*).

5 In het kader van dit artikel wordt niet ingegaan op de problematiek van samenlopende cao's of op situaties waarbij de cao algemeen verbindend is verklaard.

handelt of dat, doordat het beding naar een cao verwijst, ook de temporele beperkingen die gelden bij collectief vastgestelde arbeidsvoorwaarden een rol moeten spelen.

2.1 Werhof

De arbeidsovereenkomst van Werhof, in dienst bij een gebonden vervreemder, verwijst voor wat betreft het loon naar het 'geldende loonakkoord'. Werhof meent dat het beding 'noodzakelijkerwijs een dynamisch karakter heeft' en overeenkomstig artikel 3 lid 1 van de richtlijn ongewijzigd overgaat. De verwijzende rechter lijkt van een statisch beding uit te gaan wanneer wordt gevraagd of een statische uitleg verenigbaar is met artikel 3 lid 1. Het Hof beantwoordt uiteindelijk de vraag of de richtlijn tot een dynamische uitleg verplicht. Het antwoord daarop luidt 'nee'.

Hoewel de zaak *Werhof* dus handelt over de vraag of de richtlijn verplicht tot dynamische uitleg en niet of de richtlijn dit verbiedt, wordt op grond van het arrest toch vrij algemeen aangenomen dat de richtlijn de dynamische werking van een beding uitsluit. Dat lijkt verklaarbaar door de overwegingen van het Hof. Zo wijst het Hof erop dat een incorporatiebeding een clause is als beoogd in artikel 3 lid 1, maar dat het beding geen grotere reikwijdte kan hebben dan de cao waarnaar het verwijst.⁶ 'Bijgevolg moet rekening worden gehouden met artikel 3 lid 2 [na wijziging thans lid 3; AGV] dat beperkingen aanbrengt op het beginsel dat de cao waarnaar de arbeidsovereenkomst verwijst toepasselijk is.'⁷ Gezien deze beperkingen heeft de communautaire wetgever de verkrijger niet willen binden aan toekomstige cao's, aldus het Hof. Dat is ook in overeenstemming met het doel van de richtlijn. 'Deze beoogt enkel de op de dag van overgang bestaande rechten en verplichtingen van de werknemers te handhaven en niet de bescherming van loutere verwachtingen en derhalve hypothetische voordelen ten gevolge van toekomstige ontwikkelingen van cao's.'⁸

Een tweede argument dat het Hof aandraagt, suggereert eveneens dat de richtlijn niet alleen niet verplicht tot dynamische uitleg, maar daaraan ook in de weg kan staan. Er mag volgens het Hof 'niet voorbij worden gegaan aan de rechten van de verkrijger die aanpassingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt'.⁹ In dat verband wijst het Hof erop dat de door Werhof voorgestane dynamische uitleg, en dus de verplichte toepassing van toekomstige cao's waarbij de verkrijger geen partij is, ertoe leidt dat het grondrecht van negatieve verenigingsvrijheid van de verkrijger kan worden aangetast.

2.2 Parkwood

De vraag of de richtlijn zich verzet tegen dynamische rechtsgevolgen van een incorporatiebeding voor een verkrijger, komt zeven jaar later expliciet aan de orde in de Engelse zaak *Parkwood*. Na een eerdere privatisering van een

gemeentelijke dienst, draagt de nieuwe particuliere eigenaar deze vervolgens over aan Parkwood. De arbeidsovereenkomsten van de meegekomen werknemers kennen een dynamisch beding dat verwijst naar de (toekomstige) lokale overheids-cao. Wanneer na de datum van overgang een nieuwe overheids-cao tot stand komt, weigert Parkwood de in deze cao vastgelegde salarisverhoging te betalen.

In zijn uitspraak stelt het Hof voorop dat het in *Werhof* heeft geoordeeld dat de richtlijn in zichzelf niet verplicht tot een dynamische uitleg, maar dat artikel 8 van de richtlijn de lidstaten de bevoegdheid geeft om bepalingen vast te stellen die gunstiger zijn voor werknemers.¹⁰ Een dynamisch beding dat verwijst naar toekomstige cao's is een dergelijk gunstiger recht.¹¹ Het Hof roept evenwel in herinnering dat het ook heeft geoordeeld dat de verkrijger veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. Daaraan wordt toegevoegd dat dit te meer geldt bij privatisering, omdat de verkrijger zijn activiteiten niet zal kunnen voortzetten zonder aanzienlijke veranderingen door te voeren.¹² Het Hof stelt met zoveel woorden dat het in het hoofdgeding gaat om een overgang van onderneming tussen een publiekrechtelijke rechtspersoon en een privaatrechtelijke rechtspersoon,¹³ maar dat is feitelijk onjuist. Vervreemder en verkrijger zijn beide private ondernemingen, al is de betrokken onderneming wel in eerdere instantie geprivatiseerd.

In het kader van het benodigde evenwicht tussen de belangen van de verkrijger en de werknemers, wijst het Hof vervolgens niet op het grondrecht van de verenigingsvrijheid, maar op het beginsel van contractsvrijheid dat onderdeel vormt van de vrijheid van ondernemerschap, zoals vastgelegd in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ('EU Handvest').¹⁴ Verenigingsvrijheid is niet aan de orde, omdat Parkwood als particuliere werkgever geen lid kan worden van het publieke orgaan waarbinnen over de lokale overheids-cao wordt onderhandeld. Het fundamentele recht van vrijheid van ondernemerschap en in het bijzonder de contractsvrijheid vergen echter, volgens het Hof, dat de verkrijger zijn belangen doeltreffend moet kunnen doen gelden. Dat betekent dat de verkrijger 'met het oog op zijn toekomstige economische activiteit moet kunnen onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers'.¹⁵ Aangezien Parkwood onmogelijk bij de cao-onderhandelingen binnen het publieke orgaan kan worden betrokken, zo concludeert het Hof, wordt zijn contractsvrijheid zodanig beperkt dat de vrijheid van ondernemerschap in de kern dreigt te worden aangetast.¹⁶ Hiermee laat artikel 8 van de richtlijn de lidstaten geen ruimte om voor verkrijgers dynamische gevolgen aan een

6 Punt 27, *Werhof*.

7 Punt 28, *Werhof*.

8 Punt 29, *Werhof*.

9 Punt 31, *Werhof*.

10 Punt 22 en 23, *Parkwood*.

11 Punt 24, *Parkwood*.

12 Punt 27, *Parkwood*.

13 Punt 26, *Parkwood*. In punt 9 geeft het Hof de feiten anders weer.

14 Punt 31 en 32, *Parkwood*.

15 Punt 33, *Parkwood*.

16 Punt 34 en 35, *Parkwood*.

incorporatiebeding te verbinden. Het beding is weliswaar een gunstiger bepaling, maar komt alsnog in strijd met artikel 16 EU Handvest. Met betrekking tot de hoofdvraag of een dynamisch incorporatiebeding in strijd is met artikel 3 van de richtlijn, oordeelt het Hof dat dit artikel zich verzet tegen de binding van de verkrijger aan dynamische clausules die verwijzen naar cao's die tot stand komen na de datum van overgang, wanneer de verkrijger niet de mogelijkheid heeft om deel te nemen aan de cao-onderhandelingen.

3. Het Asklepios-arrest

3.1 Feiten en vragen

De casus van *Asklepios* wijkt in de kern weinig af van die in *Parkwood*. De vervreemder en verkrijger zijn beide ongebonden en het gaat om een onderneming die in het verleden onderdeel was van een gemeente, in dit geval een ziekenhuis. De privatisering van het ziekenhuis vond plaats in 1995, waarna de particuliere verkrijger het in 1997 overdraagt aan de particuliere onderneming KLS. In 2008 draagt KLS de onderneming op zijn beurt over aan Asklepios, welke onderneming deel uitmaakt van hetzelfde concern waartoe KLS inmiddels behoort. De arbeidsovereenkomst van althans twee werknemers die al in dienst waren toen het nog een gemeentelijk ziekenhuis was, kent een dynamisch incorporatiebeding dat verwijst naar (toekomstige versies van) een Duitse federale cao voor de publieke dienst.¹⁷

Verwijzend naar *Parkwood*, huldigt Asklepios de opvatting dat het beding op grond van de richtlijn en artikel 16 EU Handvest statisch moet worden uitgelegd. Dat is echter niet de staande praktijk in Duitsland, niet na *Werhof* en ook niet na *Parkwood*.¹⁸ Het Duitse recht bepaalt dat op het moment van overgang de bestaande rechten en plichten uit cao (of ondernemingsovereenkomst) onderdeel worden van de arbeidsverhouding tussen verkrijger en werknemer en gedurende een jaar ongewijzigd gehandhaafd moeten worden.¹⁹ Dit wordt echter niet van toepassing geacht op een individueel overeengekomen incorporatiebeding, dat valt onder de bepaling dat de verkrijger in de rechten en plichten treedt van de op het tijdstip van overgang bestaande arbeidsverhoudingen.

Aan de formulering van de prejudiciële vragen door het Bundesarbeitsgericht ('BAG') valt af te lezen dat bepaald geen wijziging wordt beoogd van de bestaande praktijk. Samengevat, wordt gevraagd of (1) de richtlijn zich verzet tegen de overgang van *alle* arbeidsvoorwaarden die in contractuele vrijheid en individueel zijn overeengekomen, wanneer het nationale recht zowel in consensuele als in eenzijdige aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger

voorziet en, zo ja, of (2) *bepaalde* arbeidsvoorwaarden dan van overgang moeten worden uitgesloten en louter op grond van overgang moeten worden aangepast. Mocht een dynamisch beding niet onveranderd overgaan, dan vraagt het BAG ten slotte of (3) dit ook geldt als de vervreemder en de verkrijger beide ongebonden zijn of tot hetzelfde concern behoren en of (4) artikel 16 EU Handvest zich ook tegen de binding van de verkrijger aan een dynamisch beding verzet, wanneer het nationale recht zowel in consensuele als eenzijdige aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet.

3.2 Oordeel van het Hof

Het Hof vat alles samen tot de vraag of artikel 3 tezamen met artikel 16 EU Handvest zich uitstrekt tot een met de vervreemder overeengekomen dynamisch incorporatiebeding, wanneer het nationale recht zowel in consensuele als eenzijdige aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet. Met een terugblik op *Werhof* stelt het Hof vast dat het eerder heeft geoordeeld dat artikel 3 geen dynamische invulling van een statisch beding vereist, maar dat het toen ook op de contractsvrijheid van partijen heeft gewezen.²⁰ Uit artikel 3 blijkt dat de Uniewetgever niet heeft willen afwijken van het beginsel van contractsvrijheid. Dit betekent dat als de vervreemder en de werknemers in vrijheid een dynamisch beding zijn overeengekomen en dat beding is van kracht op het moment van de overgang, uit artikel 3 volgt dat deze verplichting in beginsel overgaat op de verkrijger.²¹

In het geval van een dynamisch incorporatiebeding, zo vervolgt het Hof, heeft het in *Parkwood* evenwel benadrukt dat de richtlijn een evenwicht beoogt tussen de belangen van de verkrijger en de werknemers. Meer bepaald volgt uit artikel 3, gelezen in het licht van de vrijheid van ondernemerschap, dat de verkrijger zijn belangen doeltreffend moet kunnen doen gelden en met het oog op zijn toekomstige economische activiteit moet kunnen onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers.²² Hierop constateert het Hof dat het Duitse recht in mogelijkheden voorziet voor de verkrijger om de arbeidsvoorwaarden na overgang consensueel of eenzijdig te wijzigen. Daarmee voldoet het Duitse recht aan de vereisten uit *Parkwood*.²³ Asklepios heeft weliswaar het bestaan van de aanpassingsmogelijkheden betwist, maar het Hof acht dat een vraag van nationaal recht.²⁴ De conclusie luidt dan ook dat de verplichting tot het behoud van rechten en plichten na overgang zich ook uitstrekt tot een dynamisch beding, wanneer het nationale recht zowel in consensuele als in eenzijdige aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet.

17 Of het beding dateert van vóór de privatisering is onduidelijk. Wel zegt het Hof, onder punt 8, dat in de arbeidsovereenkomst met KLS een dynamisch beding was opgenomen dat bepaalde dat *net als voor de overgang* de overheids-cao van toepassing was.

18 O.K. Traber, 'ECJ 27 April 2017, case C-680/15 (Asklepios Kliniken), Transfer of Undertakings', *European Employment Law Cases* 2017, nr. 2, p. 117.

19 Art. 613a BGB, 2^e zin, zie R.M. Beltzer, 'Botsende cao's na overgang van onderneming – een blik voorbij Lobith', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2012/2, p. 55-62.

20 Punt 19, *Asklepios*.

21 Punt 20 en 21, *Asklepios*.

22 Punt 22 en 23, *Asklepios*.

23 Punt 24 en 25, *Asklepios*.

24 Punt 27, *Asklepios*.

4. Analyse

4.1 Collectieve of individuele wijzigingsmogelijkheden?

Zoals al in paragraaf 2 aan de orde kwam, is een eerste dilemma bij de toepassing van de richtlijn op een dynamisch incorporatiebeding of de nadruk moet liggen op het feit dat het om individueel overeengekomen arbeidsvoorwaarden gaat, of dat ook de temporele beperkingen van collectief vastgestelde arbeidsvoorwaarden een rol moeten spelen omdat naar een cao wordt verwezen. In *Werhof* koos het Hof voor het laatste. Omdat het beding geen grotere reikwijdte kan hebben dan de cao waarnaar het verwijst, moet rekening worden gehouden met het feit dat de Uniewetgever de verkrijger niet heeft willen binden aan toekomstige cao's, aldus het Hof. Dat in *Asklepios* vervolgens contractuele wijzigingsmogelijkheden op individueel niveau voldoende zijn om de verkrijger aan volle dynamische werking te binden, is dan ook een verrassing.

Dat in *Asklepios* vervolgens contractuele wijzigingsmogelijkheden op individueel niveau voldoende zijn om de verkrijger aan volle dynamische werking te binden, is dan ook een verrassing

Het Hof hanteert in vergelijking met de eerdere rechtspraak een meer algemeen verbintenisrechtelijke focus, zo lijkt het. Het typisch arbeidsrechtelijke fenomeen van collectief vastgestelde arbeidsvoorwaarden komt niet meer aan de orde. In *Werhof* en *Parkwood* stond nog uitdrukkelijk de mogelijkheid van de verkrijger tot *collectief* onderhandelen en daarmee de wijzigingsmogelijkheden van de cao zelf, centraal. In *Werhof* was het immers problematisch dat een collectieve wijzigingsmogelijkheid betekende dat de verkrijger lid zou moeten worden van de werkgeversorganisatie, hetgeen in strijd zou kunnen komen met de negatieve verenigingsvrijheid. In *Parkwood* leidde de constatering dat de verkrijger onmogelijk kon deelnemen aan de *cao-onderhandelingen* tot de conclusie dat de verkrijger zijn belangen niet doeltreffend kon doen gelden.²⁵ Hoewel het Engelse contractrecht ook ongetwijfeld individuele wijzigingsmogelijkheden kent, werd dit niet aan de orde gesteld in *Parkwood*. Desalniettemin had dynamische werking in *Asklepios* al kunnen afstuiten op de voorwaarde uit *Parkwood* alleen. Ook *Asklepios* kan, naar we mogen aannemen, onmogelijk deelnemen aan de federale cao-onderhandelingen voor de publieke diensten, wat hem op basis van *Parkwood* ernstig beperkt in zijn vrijheid van ondernemerschap.

De (on)mogelijkheid voor de verkrijger om collectieve wijzigingen door te voeren, speelt echter geen enkele rol in de *Asklepios*-uitspraak. Het Hof herhaalt dat bij de toepassing van de richtlijn de vrijheid van ondernemerschap gewaarborgd moet worden, maar daaraan kan blijkbaar

²⁵ Punt 34, *Parkwood*.

ook worden voldaan wanneer de verkrijger de arbeidsovereenkomst individueel kan wijzigen op grond van nationaal recht.

4.2 Overgang van dynamische werking: verplichting of gunstiger recht?

Niet alleen bij de beoordeling van de vraag of de verkrijger op grond van artikel 16 EU Handvest voldoende aanpassingen kan doorvoeren, is sprake van een meer algemeen verbintenisrechtelijke focus. Dit is ook het geval bij de principevraag of de rechten en plichten uit een dynamisch beding behouden moeten blijven op grond van artikel 3 lid 1 van de richtlijn. Waar volgens het gestelde in *Werhof* de Uniewetgever de verkrijger niet heeft willen binden aan toekomstige cao's, en de richtlijn dus geen bescherming beoogt van loutere verwachtingen en derhalve hypothetische voordelen,²⁶ geldt nu dat een in contractuele vrijheid overeengekomen dynamisch beding in principe ongewijzigd overgaat, omdat de Uniewetgever niet heeft willen afwijken van het beginsel van contractsvrijheid.²⁷

Het Hof stelt dat het in *Werhof* al op dit beginsel heeft gewezen. Maar het ging daar wel over de contractsvrijheid van de *verkrijger*, die in beginsel niet aan toekomstige cao's gebonden kan worden. Ook in *Parkwood* ging het om de verkrijger, wiens contractsvrijheid zodanig wordt beperkt dat zijn vrijheid van ondernemerschap in de kern dreigt te worden aangetast. In *Asklepios* daarentegen, doelt het Hof op de contractsvrijheid van de *vervreemder*. Omdat deze laatste in vrijheid een dynamisch beding is overeengekomen met zijn werknemers, volgt uit de richtlijn dat een dynamisch beding in beginsel gevolgen heeft na overgang, aldus het Hof.

De overgang van de dynamische werking van een beding kan mijns inziens niet tegelijkertijd een gunstiger recht zijn (*Parkwood*) én een verplichting die al uit de richtlijn zelf voortvloeit (*Asklepios*)

In *Parkwood* las het Hof *Werhof* nog anders in dit opzicht. Omdat volgens het Hof uit *Werhof* volgde dat de richtlijn niet verplichtte tot binding van de verkrijger aan toekomstige cao's van de vervreemder,²⁸ werd onderzocht of de richtlijn dynamische werking (desalniettemin) toestaat als een voor werknemers 'gunstiger bepaling' onder artikel 8 van de richtlijn.²⁹ Nadat het Hof een dynamische werking inderdaad als een gunstiger recht bestempelde, kwam dit alsnog in strijd met de vrijheid van ondernemerschap. Het punt is hier dat de overgang van de dynamische werking

²⁶ Punt 29, *Werhof*.

²⁷ Punt 20, *Asklepios*.

²⁸ Punt 22, *Parkwood*.

²⁹ Punt 23, *Parkwood*.

van een beding, mijns inziens, niet tegelijkertijd een *gunstiger recht* kan zijn (*Parkwood*) én een *verplichting* die, zij het onder zekere voorwaarden, al uit de richtlijn zelf voortvloeit (*Asklepios*).³⁰ Op artikel 8 komt het Hof dan ook niet terug in *Asklepios*.

4.3 Arbeidsvoorwaarden uit toekomstige cao's: *to be or not to be?*

Wanneer een incorporatiebeding zich in de context van artikel 3 lid 1 niet onderscheidt van ongeacht welke andere individueel overeengekomen arbeidsvoorwaarde, zoals het Hof lijkt te willen zeggen, rijst nog wel een andere vraag. De richtlijn beoogt met lid 1 enkel de op de dag van overgang bestaande rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst te behouden.³¹ Hoe moet dit worden uitgelegd in het geval van een vóór de overgang afgesloten contractueel beding dat mede verwijst naar nadien vast te stellen cao's? Is een formele uitleg nodig waarbij de rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst (thans en in de toekomst) samenvallen met het eigenlijke beding? Dan lijkt aan lid 1 voldaan wanneer dit beding van kracht was op het moment van overgang. Of is een meer materiële uitleg vereist waarbij rekenschap wordt gegeven van het feit dat het beding zelf niet de (materiële) rechten en plichten vastlegt, maar daarvoor 'doorverwijst' naar een cao? Dan gaat het om een contractuele afspraak die weliswaar vóór de overgang is gemaakt, maar betrekking heeft op zowel de arbeidsvoorwaarden die thans van kracht zijn als op nog onbekende, vervangende arbeidsvoorwaarden die in de toekomst van kracht worden. De onbekende arbeidsvoorwaarden, zo valt te betogen, vormen op het moment van overgang dan nog geen bestaande rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst.³²

De onbekende arbeidsvoorwaarden, zo valt te betogen, vormen op het moment van overgang dan nog geen bestaande rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst

Het Hof lijkt een formele uitleg voor te staan in *Asklepios*, al worden er niet veel woorden aan vuil gemaakt. Het Hof overweegt dat een in vrijheid overeengekomen beding *dat van kracht is op het ogenblik van de overgang* in beginsel overgaat op de verkrijger.³³ Ook hier lijkt de aanzet overigens met name van het BAG te komen dat in zijn vragen een dynamisch incorporatiebeding stelselmatig verwoordt met 'vóór de overgang in contractuele vrijheid en individueel overeengekomen arbeidsvoorwaarden'.

30 Ik zie in *Asklepios* dan ook meer dan een 'nuancering' van het gestelde in *Werhof* en *Parkwood*, zoals R.M. Beltzer & B.C.L. Kanen bijvoorbeeld betogen (noot bij «JAR» 2017/152).

31 Bijv. punt 29, *Werhof*.

32 Zo ook S.F.H. Jellinghaus & K.M.J.R. Maessen, noot bij «JIN» 2017/107.

33 Punt 21, *Asklepios*.

5. Evaluatie

Na *Asklepios* lijkt het nieuwe uitgangspunt te zijn dat een dynamisch beding dynamisch blijft na overgang. Voorwaarde is wel dat het nationale recht in consensuele en eenzijdige wijzigingsmogelijkheden voorziet. Het Nederlandse recht zou daaraan kunnen voldoen. Wijziging met wederzijdse instemming is toegestaan (in welke lidstaat niet?) en met artikel 7:611, 7:613 of ook 6:248 Burgerlijk Wetboek ('BW') kennen we eenzijdige wijzigingsmogelijkheden van arbeidsvoorwaarden. Zoals uiteengezet, was voorheen het uitgangspunt dat een dynamisch beding statisch wordt bij overgang. De vrijheid van ondernemerschap wordt in de praktijk immers vrijwel altijd beperkt als de ongebonden verkrijger zijn belangen via de collectieve weg doeltreffend moet kunnen laten gelden. Of de verkrijger kan niet deelnemen aan de cao-onderhandelingen van de vervreemder of wil niet deelnemen (negatieve verenigingsvrijheid). Door het geboden alternatief van individuele wijzigingsmogelijkheden worden de eisen aan de waarborging van de belangen van de werkgever/verkrijger dan ook aanzienlijk versoepeld. Door deze breuk met het verleden had het arrest naar mijn smaak wel meer onderbouwing verdiend.

5.1 Wat is de juiste karakterisering van een incorporatiebeding?

Die gewenste onderbouwing geldt ten eerste voor de karakterisering van het incorporatiebeding als een verplichting die zich, met het oog op de gevolgen van artikel 3 lid 1, niet onderscheidt van andere individueel overeengekomen arbeidsvoorwaarden. In de (andersluidende) conclusie bij het arrest benadrukt advocaat-generaal Bot juist het hybride karakter van het incorporatiebeding.³⁴ Het beding is een bron van rechten en plichten die behouden blijft op grond van artikel 3 lid 1, maar impliceert tegelijkertijd het behoud van collectief vastgestelde arbeidsvoorwaarden, zoals geregeld in lid 3. Dat betekent, volgens Bot, dat het tijdelijke karakter van de plicht van de verkrijger tot handhaving van bij cao vastgestelde arbeidsvoorwaarden mede van toepassing moet zijn. Het dynamisch beding wordt dus statisch bij overgang.³⁵ Dat de toepassing van de cao in dit geval contractueel bedongen is en niet rechtstreeks voortvloeit uit het cao-recht, acht Bot hierbij niet relevant: in het arrest *Österreichischer Gewerkschaftsbund* bepaalde het Hof dat lid 3 niet ziet op behoud van de cao als zodanig, maar op het behoud van arbeidsvoorwaarden vastgesteld bij cao, ongeacht de specifieke bron van de toepassing daarvan.³⁶

34 Conclusie A-G Bot bij *Asklepios*, punt 83.

35 Bot gaat nog verder door alle mogelijke beperkingen van de handhavingplicht van lid 3 (en niet alleen de afloop van de op het tijdstip van overgang geldende cao) toepasselijk te achten. Voor Duitsland zou het dynamische karakter dan ook eerder geen effect meer kunnen sorteren doordat de handhavingplicht is beperkt tot een jaar.

36 HvJ EU 11 september 2014, C328/13, ECLI:EU:C:2014:2197, punt 24 (*Österreichischer Gewerkschaftsbund*).

Het genoemde arrest ging over nawerkende cao-bepalingen die mee overgaan op grond van lid 3. Het Hof lijkt rekening te houden met de uiteenlopende technieken in de lidstaten voor cao-binding. Of dit inclusief de toepassing van cao's via het individueel contractenrecht is, is niet zonder meer duidelijk. Daartegenover staat dat bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk cao-binding altijd via het contractenrecht verloopt bij gebrek aan wettelijk cao-recht. Ook in Nederland valt te beweren dat artikel 14 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst ('WCAO') niet uitvoerbaar is buiten het contractenrecht om. Kijken we dan nog weer naar nawerkende cao-bepalingen (Gewerkschaftsbund) dan geldt in Nederland dat, anders dan in Oostenrijk, juist de individuele arbeidsovereenkomst hiervan de bron is.³⁷ Er is, met andere woorden, geen waterscheiding tussen de materiële werkingssfeer van lid 1 en lid 3. Vanuit dit oogpunt kiest het Hof in *Asklepios* misschien voor een te civielrechtelijke benadering die onvoldoende recht doet aan het institutionele aspect van het arbeidsrecht.³⁸

Uit de formele, civielrechtelijke benadering volgt ook dat de verkrijger in beginsel wordt gebonden aan latere cao's van de vervreemder, omdat de vervreemder dit in vrijheid met zijn werknemers is overeengekomen. Hoewel dit formeel inderdaad uit artikel 3 lid 1 voortvloeit, wordt niet in ogenschouw genomen dat bij meerdere overnames van een bedrijf de vervreemder wellicht helemaal niet 'in vrijheid' incorporatie is overeengekomen, maar dit als gevolg van de dwingende werking van artikel 3 lid 1 van de richtlijn heeft 'geërfd' van de vorige ondernemer. Door de fictie van steeds weer in vrijheid overeengekomen bedingen kan zo jarenlange gebondenheid ontstaan aan de actuele cao's van een oorspronkelijk vervreemder uit een ver verleden. In de casus van *Asklepios* wordt in 2008 op althans de twee verweerders nog steeds de Duitse cao voor de publieke diensten toegepast, terwijl het bedrijf al in 1995 geprivatiseerd is. In *Parkwood* nam het Hof nog aan dat juist bij privatisering de verkrijger zijn activiteiten niet zal kunnen voortzetten zonder aanzienlijke veranderingen door te voeren.

5.2 Consensuele en eenzijdige wijzigingsmogelijkheden

Die 'aanzienlijke veranderingen' zullen na het *Asklepios*-arrest moeten voortvloeien uit de mogelijkheden die het nationale recht biedt tot consensuele en eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden na overgang. Dit betreft een tweede aspect dat weinig toelichting krijgt in het arrest. Het Hof constateert slechts dat het feit dat het Duitse recht in consensuele en eenzijdige wijzigingsmogelijkheden voorziet, betekent dat aan de eisen van *Parkwood* is voldaan. Met andere woorden, via deze weg wordt de verkrijger

geacht zijn belangen doeltreffend te kunnen doen gelden. De bezwaren van verkrijger *Asklepios* op dit punt acht het Hof een vraag van nationaal recht.

Het Duitse recht biedt, naar verluidt, maar weinig mogelijkheden tot eenzijdige wijziging.³⁹ Ook in Nederland is de harmonisatie van arbeidsvoorwaarden door de verkrijger lastig. Het vergt in beginsel instemming van de overgekomen werknemer en bovendien heeft artikel 3 van de richtlijn dwingende werking volgens het Hof. Daarmee verzet de richtlijn zich in beginsel tegen een wijziging van de arbeidsvoorwaarden na overgang ten nadele van de werknemer. Uitzondering hierop zijn wijzigingsmogelijkheden die op grond van het nationale recht ook al toekwamen aan de vervreemder en dus losstaan van de situatie van overgang van onderneming.⁴⁰

Consensuele wijzigingen lijken nagenoeg alleen bij verbetering van arbeidsvoorwaarden te verwachten. Het feit dat de werknemer door de overgang van een dynamisch beding al profiteert van de verbeteringen uit de toekomstige cao's van de vervreemder, zal daarbij niet helpen. Het zal dus met name aankomen op de eenzijdige wijzigingsmogelijkheden die het nationale recht biedt. Zoals gezegd, zijn die ook te vinden in het Nederlandse recht. Of de Nederlandse rechter daarmee zal aannemen dat de dynamische werking van een incorporatiebeding behouden blijft na overgang op grond van een richtlijnconforme uitleg van artikel 7:663 BW, zal afhangen van het oordeel of het formele bestaan van de Nederlandse wijzigingsmogelijkheden maakt dat de ondernemersvrijheid van de verkrijger gewaarborgd is, of dat dit nog een nadere, materiële toetsing vergt. Het zal echter niet eenvoudig zijn – en daarmee misschien ook niet aantrekkelijk voor de rechter – om te bepalen of de Nederlandse eenzijdige wijzigingsmogelijkheden met de daaraan verbonden drempels (zwaarwegend belang, *Stooff Mammoet*-eisen, maatschappelijk onaanvaardbaar, etc.), in zijn algemeenheid de *Parkwood*-voorwaarde vervult. Indien hierom vanwege het formele bestaan van eenzijdige wijzigingsmogelijkheden overgang van een dynamisch beding wordt aangenomen, bestaat nog wel het risico dat bij de concrete rechtsvraag of het beding dan na overgang eenzijdig gewijzigd mag worden, de richtlijndiscussie weer terugkeert. Valt voor de verkrijger niet aan te voeren dat de door hem gewenste wijziging van het dynamische beding richtlijnconform beoordeeld moet worden? De nationale wijzigingsmogelijkheden moeten immers aan de vereisten uit *Parkwood* voldoen. Anders gezegd, levert 'het doeltreffend moeten kunnen onderhandelen over de evolutie van de arbeidsvoorwaarden na overgang' een zwaarwegend belang op om het dynamisch deel van het beding te schrappen, vormt het aanleiding voor een redelijk wijzigingsvoorstel, is ongewijzigde toepassing van een dynamisch beding

37 Als gevolg van de werking van art. 12 en 13 WCAO zijn de normatieve cao-bepalingen onderdeel gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst van de gebonden werknemer. Zie hierover A.R. Houweling & G.W. van der Voet, 'Het leerstuk nawerking van collectieve arbeidsvoorwaarden op de helling', *ArA* 2006/3, p. 64.

38 Zie over de bezwaren van een civielrechtelijke benadering van m.n. de collectieve aspecten in het arbeidsrecht A.R. Houweling & C.J. Loonstra, 'Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht', *TAP* 2011, nr. 5, p. 172-181.

39 Aldus O.K. Traber, 'ECJ 27 April 2017, case C-680/15 (*Asklepios Kliniken*), *Transfer of Undertakings*', *European Employment Law Cases* 2017, nr. 2, p. 117.

40 O.a. HVJ EG 10 februari 1988, C-324/86, ECLI:EU:C:1988:72 (*Daddy's Dance Hall*).

op grond van de *Parkwood*-voorwaarde onaanvaardbaar, et cetera?

5.3 Gebonden en ‘artikel 14-werknemers’ met een incorporatiebeding

De laatste vraag die nog gesteld kan worden, en zeker van belang in de Nederlandse situatie, is of het voor de overgang van een dynamisch incorporatiebeding nog uitmaakt of het om een gebonden of ongebonden vervreemder gaat. Het BAG werpt de vraag nog op, maar het Hof gaat er niet op in.

In het geval van een rechtstreeks aan de cao gebonden vervreemder geldt op grond van artikel 14a WCAO dat de verkrijger de op het tijdstip van overgang geldende cao-bepalingen moet handhaven.⁴¹ De wettelijke bepaling maakt daarbij geen onderscheid tussen ook zelf gebonden werknemers en de zogeheten ‘artikel 14-werknemers’. Artikel 14a WCAO implementeert, overeenkomstig artikel 3 lid 3 van de richtlijn, een beperkte handhavingsplicht van de cao van de vervreemder en geldt dan ook niet voor latere cao-versies die zijn afgesloten na de overgang. Complicatie in Nederland is echter dat met alle werknemers in dienst van een gebonden werkgever in de regel een dynamisch incorporatiebeding wordt overeengekomen.⁴² De gebonden werkgever moet immers de cao aanbieden ex artikel 14 WCAO, maar weet doorgaans niet welke werknemer vakbondslid is.

Omdat het Hof het dynamische beding als individuele arbeidsvoorwaarde karakteriseert en artikel 3 lid 1 van de richtlijn daarbij volledig los leest van lid 3 (bij ons dus artikel 14a), volgt in principe uit *Asklepios* dat het dynamische karakter van het incorporatiebeding met ook de (dubbel) gebonden werknemer en de artikel 14-werknemer ten volle overgaat op de verkrijger op grond van artikel 7:663 BW. De verkrijger zou dan, behoudens individuele wijziging,⁴³ ook toekomstige cao-versies van de vervreemder moeten toepassen op het overgekomen personeel. In dat geval heeft het arrest verstrekende gevolgen voor de Nederlandse praktijk. Artikel 14a WCAO zou voor wat betreft de overgang van alleen de op het tijdstip van overgang geldende

cao-bepalingen praktisch een dode letter worden.⁴⁴ Het arrest van het Hof verschaft echter geen duidelijkheid. De onderliggende feiten zijn die van een ongebonden vervreemder. Daartegenover staat dat het Hof een dynamisch incorporatiebeding karakteriseert als een clause in de zin van artikel 3 lid 1 zonder daarbij betekenis te hechten aan het feit dat de vervreemder ongebonden is. Het arrest lokt daarmee nieuwe vragen uit.

Artikel 14a WCAO zou voor wat betreft de overgang van alleen de op het tijdstip van overgang geldende cao-bepalingen praktisch een dode letter worden

De situatie van de gebonden vervreemder bij overgang van een dynamisch incorporatiebeding onderstreept dat met name verduidelijking nodig is van de verhouding tussen lid 1 en lid 3 van artikel 3 van de richtlijn. Zoals opgemerkt, zou lid 1 in samenhang met lid 3 gelezen moeten worden om recht te doen aan de diverse cao-praktijken. Een dynamisch beding dient daardoor een statisch karakter te krijgen bij overgang. Dit zou zich, meen ik, ook moeten uitstrekken tot een ongebonden vervreemder.⁴⁵ Anders zou de bron van toepassing van een cao uiteindelijk bepalend zijn voor de vraag of de richtlijn verplicht tot alleen behoud van bestaande arbeidsvoorwaarden vastgesteld bij cao, of ook tot bescherming van eventuele voordelen vastgesteld in latere cao's. De (contractuele) bron van de toepassing van de cao is bij de ongebonden vervreemder uit vrije keuze ontstaan, maar kiest de gebonden vervreemder dan niet in vrijheid voor het overeenkomen van een cao of voor lidmaatschap van de werkgeversvereniging die de cao overeenkomt? Het verschil van indirecte of directe cao-binding van de vervreemder rechtvaardigt, kortom, onvoldoende dat werknemers verschillende rechten aan de richtlijn kunnen ontleen.

6. Tot slot

‘Incorporeren na *Asklepios*’ betekent dat ernstig rekening moet worden gehouden met een nieuwe hoofdregel, namelijk dat een dynamisch incorporatiebeding zijn dynamische werking behoudt na overgang van onderneming. Voor-

41 Uitgebreid over art. 14a WCAO: N. Jansen, ‘Cao’s en overgang en de betekenis van art. 14a Wet CAO’, *ArbeidsRecht* 2017/17.

42 ‘Het incorporatiebeding is in feite de kurk waarop ons cao-systeem drijft’, aldus Verburg (L.G. ‘Cao-recht: enige beschouwingen over het Nederlandse cao-recht en de richtlijn overgang van onderneming’, *TAP* 2010, nr. 3, p. 110).

43 Hoewel deze problematiek verder onbesproken wordt gelaten, is dit anders als zowel de verkrijger als de werknemer rechtstreeks aan een andere cao gebonden raken na overgang (art. 12 WCAO zet het overgegaan incorporatiebeding opzij). Die kans is overigens niet zo groot in de praktijk, omdat de overgekomen werknemer doorgaans ongeorganiseerd of anders georganiseerd is. De gebonden verkrijger moet wel de eigen cao aanbieden aan de artikel 14-werknemer, maar ook dat vergt instemming.

44 Dat wordt soms ook al beweerd, omdat de in art. 14a WCAO gestelde beperkingen aan de handhavingsplicht als gevolg van de nawerking van cao-bepalingen in de praktijk weinig effect sorteren (HR 10 januari 2003, «JAR» 2003/38 (*Stichting Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet*)), maar nawerking is wel altijd beperkt tot de cao-bepalingen zoals deze luiden op het moment van overgang.

45 Zo ook A-G Bot, Conclusie, punt 91. Bungener en Koot-van der Putte bepleitten na het verschijnen van het *Werhof*-arrest juist wel dynamische werking in het geval van de ongebonden vervreemder (A.F. Bungener & E. Koot-van der Putte, ‘Cao-recht en incorporatie na overgang van onderneming’, *TRA* 2010/45). Sinds *Parkwood* – dat dynamische werking afwees in het geval van een ongebonden vervreemder – leek dat niet meer relevant, maar met *Asklepios* wordt de discussie nieuw leven ingeblazen.

waarde is dat het nationale recht de verkrijger mogelijkheden biedt tot consensuele en eenzijdige wijziging van het beding. Indien daar in Nederland aan voldaan wordt, en die kans lijkt redelijk, moeten de vervreemder en de verkrijger zich realiseren dat bij een overgang van onderneming, de verkrijger gehouden kan zijn om, behoudens individuele wijzigingen, voor onbepaalde tijd de cao te volgen van de vervreemder ten aanzien van het meegekomen personeel. De overgegangene werknemer heeft in dat geval dus recht op niet alleen het behoud van zijn arbeidsvoorwaarden, maar ook op bijvoorbeeld de loonsverhogingen die uit latere cao's van de vervreemder voortvloeien.

Wanneer de Nederlandse rechter inderdaad vorenstaande uitleg geeft aan artikel 7:663 BW, zou de verkrijger die tot harmonisatie van arbeidsvoorwaarden van al zijn personeel wil overgaan, mogelijk nog gebruik kunnen maken van het argument dat de door de rechter te beoordelen eenzijdige wijzigingsmogelijkheid moet voldoen aan de *Parkwood*-eisen (op grond van richtlijnconforme interpretatie). Dat houdt in dat deze wijzigingsmogelijkheden de ondernemersvrijheid van de verkrijger voldoende moeten waarborgen, wat meer bepaald betekent dat hij zijn belangen met het oog op zijn toekomstige economische activiteit doeltreffend moet kunnen doen gelden.

Tot slot valt er nog op te wijzen dat de daadwerkelijke doorwerking van toekomstige cao-bepalingen via een incorporatiebeding uiteindelijk ook nog wordt bepaald door de uitleg die aan het beding op grond van Haviltex moet worden gegeven. De redactie van het incorporatiebeding biedt dan misschien mogelijkheden. Kunnen de bedoelingen van partijen zo worden vormgegeven dat de dynamische werking van het incorporatiebeding niet langer beoogd is, zodra bijvoorbeeld de hoofdactiviteit van de werkgever wijzigt of de werkgever niet meer gebonden is aan een nieuw afgesloten cao-versie? De ongebonden verkrijger of de verkrijger actief in een andere branche zou dan een op het moment van overgang statisch geworden beding overnemen. Een probleem is wel of dit weer niet als een ongeoorloofde wijziging wegens overgang moet worden opgevat, al blijven de op het tijdstip van overgang geldende cao-voorwaarden wel behouden.

Over de auteur



Mr. dr. A.G. Veldman

Universitair docent arbeidsrecht en sociaal beleid aan de Universiteit Utrecht en redacteur van dit blad.